EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Comunicación del doctor Alfonso Santiago,
en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional,
el 7 de agosto de 2013

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por el Dr. Alfonso Santiago

Presentación

Los Derechos Humanos han sido objeto de tutela jurídica, fundamentalmente por parte de las constituciones nacionales desde los albores del constitucionalismo a fines del siglo XVIII. Desde mediados del siglo XX, esa protección de los Derechos Humanos por parte de las normas y tribunales nacionales es reforzada, complementariamente, mediante su tutela a través normas, organismos y tribunales, que actúan cuando las instancias de carácter local resultan insuficientes o ineficaces. Sin embargo, gradualmente el carácter complementario de la tutela internacional va cediendo paso a una protección cada vez más amplia y directa por parte del orden internacional. Ello plantea la necesidad de articular, coordinar y armonizar las normativas y jurisdicciones nacionales con las internacionales en materia de protección de los derechos humanos. En esa tarea puede ser iluminador el principio

de subsidiariedad que, si bien fue inicialmente pensado para las relaciones sociales intra-Estado, puede también ser utilizado para el diseño de las relaciones entre los ordenamientos y jurisdicciones nacionales e internacionales.

En el presente trabajo expondremos el origen y contenido del principio de subsidiariedad para luego ver sus proyecciones en el ámbito internacional y deducir las consecuencias prácticas más significativas que orienten la labor de los tribunales internacionales.

I. El principio de subsidiariedad

Si bien el vocablo "subsidiariedad" penetró en nuestro léxico político en el siglo XX, su idea es aún más antigua. Chantal Millon-Delson señala que su origen se remonta a la Grecia clásica[1], y encuentra también asidero en la filosofía de Santo Tomás y de otros autores medievales[2]. El principio de subsidiariedad es aplicable a todos los ámbitos de la actividad humana y tiene una doble significación: en primer lugar, las instancias superiores no deben sustituir a las inferiores, sino actuar cuando éstas sean incapaces de hacerlo; en segundo lugar, las instancias superiores deben ayudar a las instancias inferiores para que puedan conseguir mejor sus objetivos[3].

---

[1] Chantal Millon-Delson, *L´Etat subsidiaire: Ingérence et non-ingérence de l´Etat: le principe de subsidiarité aux fondements de l´histoire européenne,* 15-27 (1992); en Carozza, Paolo, "Subsidiarity as a structural principle of internacional human rights law", *The American Journal of internacional Law*, Vol. 97, 2003, pág. 40.

[2] Ibídem, 35-45. Cfr. Hoffner, Joseph, *Manual de Doctrina Social Cristiana*, Rialp, Madrid, 1974, pág. 54 quien coincide en que el término no nace con la Doctrina Social de la Iglesia, sino que es anterior ya que fue esbozado por Santo Tomás, Maquiavelo y Dante.

[3] Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, 186.

A la subsidiariedad entendida en sentido positivo –como asistencia y suplencia de las entidades más pequeñas–, le corresponde una serie de implicaciones en negativo: impone a las comunidades mayores abstenerse de cuanto pueda restringir el espacio y competencias propias de las comunidades menores.

La Real Academia Española define al principio de subsidiariedad como aquel "criterio que pretende reducir la acción del Estado a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma". En su segunda acepción, y esta vez de manera más acotada, agrega que es "el principio que se aplica al proceso de integración europea para limitar la intervención de las autoridades comunitarias a los supuestos en que los Estados por sí solos no pueden ser eficaces". Si se indaga en su etimología, subsidiario proviene del latín *subsidiarĭus* que significa que se da o se manda en socorro o en ayuda de alguien. En la fuerza militar designaba a las reservas o segunda línea, llamadas a reforzar los que combatían al frente. De dicho significado se deriva que subsidio, estrictamente entendido, es ayudar, no suplir. Entonces, cuando se ayuda, se auxilia a otro para que haga lo que tiene que hacer, mientras que cuando se suple, en cambio, se hace lo que el otro tendría que hacer.

El principio de subsidiariedad constituye uno de los aportes más interesantes e indiscutibles del Magisterios Social de la Iglesia a la teoría social contemporánea, constituyendo uno de los principios fundamentales de la Doctrina Social de la Iglesia[4]. El 15 de mayo de 1931, Pío XI publica la encíclica Quadragesimo anno –para conmemorar los cuarenta años de la Rerum Novarum de León XIII– en medio de la crisis del capitalismo luego del crack bursátil de 1929, con todos los problemas sociales que generó, y en pleno auge de los sistemas totalitarios (nazismo y fascismo). Pío XI dialoga con esta realidad a la luz de la fe y habla de la necesidad de un "nuevo orden" salvaguardando la identidad, libertad y autonomía del la persona humana, la familia y los grupos sociales.

[4] Hoffner, Joseph, *Manual de Doctrina Social Cristiana*, Rialp, Madrid, 1974, pág. 54.

En este contexto, el Papa formula el principio de subsidiariedad, al cual califica de inamovible e inmutable, en los siguientes términos: "Como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos"[5]. La enunciación del principio con validez universal fue posteriormente completada, y precisando aun más en sus alcances, por los sucesivos Papas[6].

La subsidiariedad protege a la persona humana, a las comunidades locales y a los "grupos intermedios", y ahora a los estados nacionales, del peligro de perder su legítima autonomía. La Iglesia vela atentamente por la aplicación justa de este principio en virtud de la dignidad misma de la persona humana, del respeto de lo que hay de más humano en la organización de la vida social, y de la salvaguardia de los derechos de los pueblos en las relaciones entre las sociedades particulares y la sociedad universal[7].

Cabe recordar las palabras de Juan Pablo II en la encíclica Centecimus Annus: "(…) una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de

5 Pío XI, Quadragesimo anno, 79.

6 Con el paso del tiempo, y a partir de Pío XI, el principio de subsidiariedad fue invocado en varias encíclicas sociales: Pío XII en varios Discursos y Cartas; Juan XXIII en Mater et Mategistra (1961), 51-55, 57-58, y en Pacem in Terris (1963), 140-141; Pablo VI en Populorum Progressio (1967) y en Octagesima Adveniens (1971), 46; Juan Pablo II en Laborem Exercens (1981), Sollicitudo Rei Socialis (1987), y en Centesimus Annus (1991), 48; Benedicto XVI en Caritas in Veritate (2009), 57, 58, 60. Para un breve estudio de los orígenes del principio de subsidiariedad en el Magisterio Social, puede consultarse Cracogna, Dante, "El principio de subsidiariedad. Concepto e interpretaciones", LL 1981-D-1029.

7 Congregación para la Educación Católica, *Orientaciones para el Estudio y la Enseñanza de la Doctrina Social de la Iglesia en la Formación de los Sacerdotes*, III.

orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común"[8]. Conforme al principio de subsidiariedad, todas las sociedades de orden superior deben ponerse en una actitud de ayuda (subsidium) –por tanto de apoyo, promoción y desarrollo– respecto a las menores.

El Compendio para la Doctrina Social de la Iglesia dedica un apartado a la subsidiariedad en el ámbito de la comunidad internacional y reflexiona acerca del rol que cumple una autoridad política. Ésta debe estar regulada por el derecho, ordenada al bien común y ser respetuosa del principio de subsidiariedad: "No corresponde a esta autoridad mundial limitar la esfera de acción o invadir la competencia propia de la autoridad pública de cada Estado. Por el contrario, la autoridad mundial debe procurar que en todo el mundo se cree un ambiente dentro del cual no sólo los poderes públicos de cada Nación, sino también los individuos y los grupos intermedios, puedan con mayor seguridad realizar sus funciones, cumplir sus deberes y defender sus derechos"[9].

El principio de subsidiariedad es uno de los principios fundamentales que subyace todo el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos. Puede adquirir diversas connotaciones, no obstante en el específico contexto de la Corte Europea de Derechos Humanos, el principio de subsidiariedad significa que la tarea de velar por el respeto de los derechos consagrados en la Convención descansa ante todo, en las autoridades de los Estados Contratantes, más que ante la Corte. La Corte puede y debe intervenir sólo cuando las autoridades domésticas fracasan en esa tarea[10].

---

8 Juan Pablo II, Centecimus Annus, 48.

9 Compendio, 441.

10 Interlaken Conference on the future of the Court - Follow-Up, "Principle of Subsidiarity",

El principio de subsidiariedad en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos supone que, no obstante la existencia de normas y procedimientos internacionales para la protección de los derechos humanos o precisamente, en virtud de ellos, es a los Estados a los que corresponde en primera instancia respetar y hacer respetar tales derechos en el ámbito de su jurisdicción y sólo cuando éstos no han brindado una protección adecuada o efectiva es que la jurisdicción internacional puede y debe ejercer su competencia[11]. En principio, los operadores nacionales son los mejor situados para conocer, valorar y resolver sobre las presuntas violaciones a los derechos humanos. Los operadores internacionales no intervienen sino ahí donde el Estado ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales[12].

La idea de subsidiariedad responde a una lógica de distribución de tareas complementarias pero distintas, no equiparables ni intercambiables[13]. En consecuencia, la existencia de una finalidad común y la eficacia de los mecanismos establecidos en los diferentes ordenamientos jurídicos para el cumplimiento de la misma es la razón de ser del principio de subsidiariedad. Como considera Paolo Carozza, la idea de subsidiariedad es aplicable ahí donde no puede decirse que una comunidad sea capaz de alcanzar sus objetivos comunes de manera autosuficiente y existe una comunidad mayor. Si una comunidad política es capaz de ser una comunidad

---

8-VII-2010; puede consultárselo en http://www.echr.coe.int/echr/en/header/the+court/reform+of+the+court/ conferences (último acceso el 20-X-2012).

[11] Del Toro Huerta, Mauricio I., "El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano", 23-61; en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a Veinticinco años de su funcionamiento*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2007.

[12] Pastor Ridruejo, José Antonio, "Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l´homme", Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005, Carl Heymanns Verlag, 2005, págs. 1077-1083.

[13] Callewaert, Johan, "La Subsidiarieté dans L´Europe des Droits de L´Homme: La Dimension Substantielle", en Verdussen, Marc (dir.), *L´Europe de la Subsidiarité*, Bruylant-Bruselas, 2000, pág. 16.

completa y perfecta, alcanzando la suma total de sus necesidades para el bien común de sus miembros, entonces no hay necesidad de un *subsidium* de ninguna otra comunidad humana mayor y por tanto no es aplicable la idea de subsidiariedad[14]. Sin embargo, tal "comunidad perfecta" es sólo posible como un ideal regulativo y no como una posibilidad histórica ya que en el mundo contemporáneo, no hay comunidad que pueda lograr el bien común de sus miembros sin la interacción y cooperación de la comunidad internacional[15].

II. Recepción normativa del principio de subsidiariedad

Tal como explica Carozza, la subsidiariedad es un principio constitucional en la Unión Europea[16]. La subsidiariedad finalmente encontró su núcleo de positivización en la Unión Europea recién en 1992, como parte del Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht[17]. Previo a sistematizar su parte dispositiva, los Estados firmantes reconocen, entre sus anhelos y convicciones lo siguiente: "Resueltos a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en las que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo al principio de subsidiariedad". Acto

[14] Del Toro Huerta, *op. cit.*, pág. 25.

[15] Carozza, *op. cit.,* pág. 57.

[16] Cfr. Carozza, *op. cit.,* pág. 50.

[17] Versión consolidada con las modificaciones introducidas por el Tratado de Niza, firmado el 26/02/2001. Los artículos que se transcribirán a continuación pertenecen al texto proporcionado por el Departamento de Organismos Internaciones a través de la Dirección de Referencia General de la Biblioteca del Congreso de la Nación.

seguido, encontramos una manifestación de este principio en su artículo 1° donde establece que "[e]l presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible". El artículo 2° sintetiza los principales objetivos de la Unión Europea. En su último párrafo agrega: "Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea". Por ello, es que corresponde transcribir, finalmente, el artículo 5° que dispone lo siguiente: "El Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas ejercerán sus competencias en las condiciones y para los fines previstos, por una parte, en las disposiciones de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de los Tratados y actos subsiguientes que los han modificado o completado y, por otra parte, en las demás disposiciones del presente Tratado".

El desarrollo más significativo luego del Tratado de Maastricht, en el marco de la Unión Europea, llegó en 1996 cuando una conferencia intergubernamental alcanzó al acuerdo en el Protocolo sobre Aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad, anexándose al Tratado de Amsterdam.

Por otra parte, es necesario destacar, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no menciona expresamente el principio de subsidiariedad. Sin embargo, de la inteligencia de dos de sus normas, este principio puede ser inferido. En primer lugar, el artículo 1° reza: "Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Titulo I del presente Convenio". Este artículo indica que los Estados Contratantes tienen una obligación negativa de abstenerse, en la medida de lo posible, de afectar los derechos y las libertades

consagradas en el Convenio. Pero también tienen una obligación positiva de crear, respetando a los ciudadanos, condiciones de conformidad al Convenio. Por otra parte, el art. 19 del citado cuerpo legal establece: "Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado 'el Tribunal'. Funcionará de manera permanente". A través de esta norma queda creado el tribunal internacional que actuará subsidiariamente cuando los tribunales locales sean ineficaces en la tutela de un derecho humano.

Con respecto al sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Americana[18] hace referencia al principio de subsidiariedad en el Preámbulo al afirmar que: "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". Luego, en los artículos 44 a 47 del mismo ordenamiento jurídico, se desarrolla la competencia de la Comisión IDH. De la lectura de estas normas, se extrae que, para que sea admisible una denuncia o comunicación presentada ante la Comisión, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos. Esta regla tiene por finalidad la de evitar que el Estado responda ante un órgano internacional, sin antes tener la oportunidad de remediar esos actos en sus propios tribunales locales. *Prima facie* diremos que la regla del agotamiento previo de los recursos internos es una manifestación de la vertiente procesal del principio de subsidiariedad

[18] La presente Convención, comúnmente llamada Pacto de San José de Costa Rica, entró en vigor el 18/07/1978. En virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, posee jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia. Fue ratificada y entró en vigor en nuestro país el 05/09/1984.

en materia de derecho internacional de los derechos humanos. En esta misma línea es importante recordar que en el artículo 1° del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[19], se define la naturaleza y régimen jurídico del Tribunal: "La Corte IDH es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y de presente Estatuto".

Otra manifestación normativa del principio de subsidiariedad la encontramos en el preámbulo del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[20]. Los Estados Partes en el Protocolo reconocen que son ellos los que tienen la responsabilidad primordial de aplicar estos artículos, que el fortalecimiento de la protección de las personas privadas de su libertad y el pleno respeto de sus derechos humanos es una responsabilidad común compartida por todos, y que los mecanismos internacionales de aplicación complementan y fortalecen las medidas nacionales. A su vez, este Protocolo establece un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentran personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Por su parte, en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[21] los Estados Miembros de la OEA recordaron allí que "la protección internacional de los derechos

[19] Aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

[20] Fue adoptado en Nueva York el 18/12/2002, sancionado en nuestro ordenamiento interno por ley 25.932 el 08/09/2004, promulgado el 30/09/2004 y publicado en el Boletín Oficial el 01/10/2004.

[21] Fue aprobada por la 24ª Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) celebrada el 9 de junio de 1994, en la ciudad de Belém do Pará, República Federativa de Brasil, y sancionada por ley del Congreso el 13/09/1995, promulgada el 11/10/1995 y publicada el 18/10/1995.

humanos es de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno y tiene como fundamento los atributos de la persona humana". En su artículo III, "los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad". Por último, desataca el artículo IV in fine que "[e]sta Convención no faculta a un Estado Parte para emprender en el territorio de otro Estado Parte el ejercicio de la jurisdicción ni el desempeño de las funciones reservadas exclusivamente a las autoridades de la otra Parte por su legislación interna".

Teniendo en cuenta el concepto de subsidiariedad en materia del derecho internacional de los derechos humanos, el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial[22] recepta –aunque de manera implícita– en lo que atañe a toda discriminación racial: "Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación". Los Estados tienen el deber de otorgarles a sus ciudadanos recursos judiciales idóneos, efectivos y conducentes para la tutela de sus derechos.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio[23] establece en su artículo VI que "[l]as personas acusa-

[22] Esta Convención fue suscripta en la ciudad de Nueva York el 13 de julio de 1967. Fue sancionada y promulgada mediante ley formal del Poder Legislativo en la República Argentina el 26/04/1968, y publicada el 08/05/1968.

[23] Fecha de publicación: 25/04/1956.

das de genocidio o de uno o cualquiera de los actos enumerados en artículo III ([a] genocidio; [b] asociación para cometer genocidio; [c] instigación directa y pública a cometer genocidio; [d] tentativa de genocidio; [e] complicidad en el genocidio) serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido (…)". Posteriormente, la Ley 25.390 adoptó para nuestro ordenamiento interno, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[24]. Del Preámbulo se desprenden varias frases que recuerdan el principio de subsidiariedad: "Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común (…), los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia (…), recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales (…), destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, y decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera". El artículo 1° del Estatuto dispone que "[l]a Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales". De esta forma queda consagrado el carácter subsidiario de este Tribunal Penal Internacional, que actuará solo cuando se verifique –conforme al artículo 5 que establece la competencia de la Corte– el crimen de genocidio (art. 6), crímenes de lesa humanidad (art. 7), crímenes de guerra (art. 8) y el crimen de agresión.

---

[24] El presente Estatuto entró en vigor el 01/07/2002. Fue ratificado el 08/02/2001 y entró en vigor en nuestro país el 01/07/2002.

Por último es necesario destacar que el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[25] prescribe en su artículo 2° que "todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita". De esta manera queda en evidencia que, para recurrir a esta estructura de orden internacional, es menester acudir primeramente a los tribunales locales, en búsqueda de una tutela efectiva del derecho lesionado.

III. Las dimensiones de la subsidiariedad

En el terreno del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de subsidiariedad se expresa en dos dimensiones estrechamente relacionadas entre sí: una sustantiva y otra procesal[26].

La dimensión sustantiva

El ámbito normativo o sustantivo supone, en términos de del Toro Huerta, al menos tres aspectos: *a)* el reconocimiento de la complementariedad respecto del catálogo de derechos y debe-

[25] Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

[26] Cfr. Callewaert, Johan, "La Subsidiarité dans L'Europe des Droits de L'Homme: La Dimension Substantielle" y De Shutter, Olivier, "La Subsidiarité dans la Convention Européenne des Droits de L'Homme: La Dimension Procédurale" ambos en Verdussen, Marc (dir.) *L'Europe de la Subsidiarité,* Bruylant-Bruxelles, 2000, págs. 13-61 y 63-130, respectivamente. En el mismo sentido, Pastor Ridruejo, José Antonio, "Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme", *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstagam 21. Januar 2005,* Carl Heymanns Verlag, 2005, pág. 1078.

res internacionales impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos y el catálogo de derechos fundamentales establecido en los ordenamientos jurídicos nacionales; *b)* la universalidad de los derechos humanos y la progresiva conformación de un orden público internacional basado en la existencia de ciertas normas perentorias de derecho internacional general (*jus cogens*) que imponen obligaciones de carácter *erga omnes*; y *c)* la pluralidad de las sociedades nacionales y el reconocimiento de la diversidad cultural.

El derecho internacional de los derechos humanos no pretende sustituir al derecho nacional sino complementarlo, reforzarlo e integrarlo. La protección de los Derechos Humanos por parte de las normas y tribunales nacionales, es reforzada, complementariamente, mediante su tutela a través normas, organismos y tribunales, que actúan cuando las instancias de carácter local resultan insuficientes o ineficaces[27]. Sin embargo, gradualmente el carácter complementario de la tutela internacional va cediendo paso a una protección cada vez más amplia y directa por parte del orden internacional.

Esta realidad plantea complejos problemas de coordinación entre las normas y jurisdicciones locales e internacionales que actualmente están en pleno proceso de armonización[28]. La protección jurídica de los Derechos Humanos parecería ser, en los momentos actuales, un sistema “multifocal” en el que operan simultáneamente y sin una plena coordinación, ni una jerarquización rígida, las normas y tribunales nacionales e internacionales,

---

[27] Así, en el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos se afirma que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

[28] Sobre este tema puede consultarse con provecho el trabajo de Sagués, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, v. 9, nº 1, Talca, 2003.

aunque progresivamente estos últimos pretenden establecer una supremacía sobre los primeros. Existen algunas pautas generales que intentan armonizar esas dos órbitas de protección de los derechos humanos. Algunas de ellas son las siguientes:

a) Adopción de las medidas internas para cumplir las obligaciones asumidas en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos: En aras de lograr comprender la naturaleza subsidiaria del sistema internacional respecto del ordenamiento nacional, es necesario reconocer que las obligaciones libremente asumidas por los Estados en ejercicio de su soberanía se proyectan sobre todos los poderes del Estado, generándose el deber de adecuación del ordenamiento interno al internacional. Esta obligación se encuentra reflejada en el artículo 2° de la Convención Americana[29]. La Corte IDH recuerda que esta obligación de los Estados se proyecta respecto de la obligación de establecer recursos judiciales internos adecuados y efectivos[30]. La inexistencia de recursos internos efectivos "coloca a una persona en estado de indefensión" y además constituye una excepción a la regla del previo agotamiento de los recursos internos.

b) Necesidad, en la mayoría de los supuestos, del previo agotamiento de las instancias locales para poder acudir a los

[29] El artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

[30] En el caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia, la Corte IDH dispuso que "los Estados Partes están obligados a suministrar recursos efectivos a las víctimas de violaciones de derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción" (Sentencia del 15 de septiembre de 2005, párrafo 195).

tribunales internacionales[31]. Este principio guarda cierta relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida que esta última garantía exige que las demandas sobre posibles violaciones a los derechos humanos sean adecuadamente atendidas y decididas, en primer lugar, por los tribunales nacionales. Si ello no ocurre, más allá de la resolución que se adopte sobre el fondo de la cuestión, existirá una lesión a la garantía de la tutela judicial efectiva que deberá ser remediada en sede internacional[32].

---

[31] Señala el artículo 35 de la Convención Europea de Derechos Humanos que "al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internos, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva". El art. 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene el mismo requisito y contempla también sus excepciones:

"1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los arts. 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos;

b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos halla sido notificado de la decisión definitiva;

c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y

d) que en el caso del art. 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1, a) y 1, b) del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido el proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos".

[32] En relación al sistema europeo de Derechos Humanos, sostiene Luzius Wildhaber: "prácticamente todas las garantías convencionales conllevan una obligación positiva e implícita de implantar y hacer efectivos procedimientos que permitan reivindicar a nivel nacional el derecho en cuestión. Esto confirma la exigencia del agotamiento de las vías de recurso internas expuestas en el artículo 35 del Convenio, y la obligación de ofrecer un recurso efectivo que el artículo 13 hace pesar sobre los Estados. Y deberá ser así si se desea que el sistema funcione a título subsidiario. Como el Tribunal ha subrayado recientemente, "de acuerdo con el objeto y los fines subyacentes del Convenio, según se desprende del artículo 1 del mismo, cada Estado contratante deberá asegurarse en su orden jurídico interno el disfrute de los derechos y libertades garantizados. Es fundamental para el mecanismo de protección establecido por el Convenio que los mismos

c) Interpretación de las normas constitucionales internas sobre Derechos Humanos en conformidad con las normas de los Tratados Internacionales sobre esta materia. En este sentido, cabe recordar que la Constitución española en su art. 10. 2 afirma que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”[33]. Esta misma pauta hermenéutica ha sido establecida en la cláusula transitoria cuarta de la Constitución de Perú. Más recientemente, el art. 7.1 de la Constitución húngara de 1989, en una fórmula aún más amplia, establece: “El sistema legal de la República de Hungría acepta las normas y regulaciones de derecho internacional universalmente reconocidas y armoniza las normas y leyes internas del país con las obligaciones asumidas bajo el derecho internacional”. Por su parte, la constitución sudafricana de 1996 establece en su art. 39.1: “Al interpretar el *Bill of Rights*, una corte, tribunal o fuero: a) debe promover los valores que subyacen en una sociedad abierta y democrática, basados en la dignidad humana, la igualdad y la libertad; b) debe considerar el derecho internacional; y c) puede considerar el derecho extranjero”.

d) Plena incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos al ordenamiento jurídico interno: las normas internacionales pasan a integrar el sistema jurídico nacional y los operadores jurídicos pueden acudir a ella, tal como rigen en el ámbito internacional, para fundar sus

sistemas nacionales permitan corregir las infracciones cometidas, y que el Tribunal ejerza su control en el respeto del principio de subsidiariedad”, ob. cit.

[33] Esta cláusula tiene su fuente en el art. 16 párrafo 2º de la Constitución portuguesa de 1976.

pretensiones o decisiones[34]. Algunas constituciones otorgan a todos o algunos de estos Tratados sobre Derechos Humanos jerarquía constitucional[35] o supralegal.

e) Efecto expansivo de las interpretaciones otorgadas por los tribunales internacionales hacia los sistemas jurídicos de los Estados partes, cuyos órganos de gobierno y tribunales nacionales tienen que tener en cuenta y seguir esa hermenéutica de los Tratados Internacionales[36]. Así, ya hemos visto que los máximos tribunales de Perú y Argentina[37] han considerado que no sólo el texto de los Tratados sobre Derechos Humanos, sino la interpretación que de ellos realicen los tribunales internacionales, tienen rango constitucional y deben ser seguidos como pauta hermenéutica por los jueces nacionales[38]. También, cabe destacar que en 1988 un conjunto de jueces de na-

[34] En su voto en el caso Arancibia Clavel (*Fallos*, 327:3294, 2004), el Dr. Antonio Boggiano explica los distintos modos en que el ordenamiento local puede asumir las normas internacionales: "La referencia implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya incorporado haciéndolo interno. Tampoco se ha operado una recepción de los tratados por incorporación judicial a pesar de no estar vigentes en la Argentina, como ha sido de práctica en Holanda. Tampoco la adaptación de los tratados por vía de una redacción similar a la de los tratados sin seguirlos tal cual rige internacionales. Tanto la incorporación, la recepción como la adaptación son métodos de nacionalización de los tratados. El art. 75 inc. 22 dispone una referencia y no algunas de los citados métodos de nacionalización".

[35] Este ha sido el criterio adoptado por la Constitución Nacional argentina luego de la reforma constitucional de 1994 en el art. 75 inc. 22.2.

[36] Sobre la relación entre la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la de los tribunales nacionales europeos, sostiene Luzius Wildhaber: "si, por añadidura, las autoridades nacionales deciden aplicar la jurisprudencia convencional a las cuestiones en las que se encuentren implicadas, el trabajo del Tribunal de Estrasburgo queda realizado, en gran parte o en su totalidad. Tal es, finalmente, el objetivo que sustenta el sistema, hacer que los ciudadanos europeos, en la comunidad del Convenio en su conjunto, puedan hacer valer con plenitud, en su propio orden jurídico interno, los derechos que les reconoce el Convenio", ob. cit.

[37] Remitimos a lo mencionado en la nota 23.

[38] En sentido contrario, cabe mencionar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo venezolano ha considerado que si la Constitución nacional ha otorgado a un Tratado Internacional sobre derechos humanos jerarquía constitucional, ello significa que esa norma internacional se ha convertido en una norma interna, cuyo intérprete final es la propia Corte Suprema nacional y no el tribunal internacional.

ciones integrantes del Commonwealth británico, adoptaron los llamados *"Principios de Bangalore acerca de la aplicación doméstica de las normas internacionales de derechos humanos"*, como forma de unificar la visión sobre éstos en las decisiones judiciales de sus respectivos países[39]. Diez años después de la adopción de estos principios, quienes los suscribieron volvieron a afirmar que "es obligación fundamental del Poder Judicial… interpretar y aplicar las constituciones nacionales y las leyes en armonía con los códigos y principios del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional consuetudinario, y desarrollar el *common law* a la luz de los valores y principios consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos".

f) Doctrina del margen nacional de apreciación: esta doctrina ha sido desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos y señala que debe reconocerse a los Estados partes del sistema un grado de libertad y la posibilidad de diferenciación entre ellos en el modo en que cumplen las obligaciones establecidas en el Convenio sobre Derechos Humanos[40]. Este principio, ya presente en el primer caso decidido en cuanto al fondo por el tribunal europeo[41], ha

---

[39] Para una discusión sobre los principios y su desarrollo posterior, cfr, entre otros, Lord Lester of Herne Hill, *The Challenge of Bangalore: Making human rights a practical reality,* E.H.R.L.R. 1999, 3, 273. Agradezco esta referencia a la generosidad de Alfredo Vítolo.

[40] En este sentido, cabe señalar que también la "Declaración y Programa de Acción de Viena", documento surgido luego de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, después de sentar el principio de universalidad de los derechos humanos, añadió que "debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fuesen sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales".

[41] Cfr. caso Lawless, resuelto por la Corte Europea en 1961. Sobre el contenido y alcance de esta doctrina del margen nacional de apreciación pueden consultarse, entre muchas otras, los siguientes trabajos: Ganshof van der Meersch, Walter J., "Le caractère «autonome» des termes et la «marge d›appréciation» des gouvernements dans l›interpretation de la Convention européenne

ido disminuyendo progresivamente su radio de acción[42]. La doctrina del margen de apreciación nacional varía su alcance de acuerdo con la naturaleza del derecho que se trate y el contexto histórico por el que atraviesan los diferentes países signatarios del Acuerdo. En el ámbito del sistema interamericano, la jurisprudencia de la Corte de Costa Rica, si bien recogió inicialmente esta doctrina[43], posteriormente no la ha utilizado mayormente y hay opiniones doctrinarias que rechazan claramente la adopción de esta doctrina[44].

des Droits de l›Homme", en AAVV, *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, ed. Franz Matscher - Herbert Petzold, Berlín, 1988, pág. 207; Yourow, Howard Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, ed. Luwer Law International, La Haya, Boston y Londres, 1996, pág. 196; Kastanas, Elías, *Unité et diversité: Notions autonomes et marge d'appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l›homme*, ed. Établissements Emile Bruyant, Bruselas, 1996, pág 439.

[42] Cfr., entre otros, las sentencias de los casos "Handyside" y "Sunday Times", de 1976 y 1979, respectivamente. Sin embargo, la doctrina del margen nacional de apreciación ha sido nuevamente invocada por la Corte Europea al resolver en el año 2004 el caso *Sahim*, sobre la prohibición del uso de determinadas vestimentas con connotaciones religiosas en espacios públicos en un Estado de mayoría musulmana. En su sentencia el tribunal consideró que no era contrario a la libertad religiosa reconocida en el art. 9 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, la normativa emitida por las autoridades turcas, fundada en el principio de laicidad estatal contenido en el art. 2 de la constitución de ese país, prohibía a las mujeres el uso del pañuelo islámico en los establecimientos universitarios públicos. Teniendo en cuenta las particulares circunstancias históricas de Turquía, el interés político expresado en su constitución de implantar la laicidad estatal y el margen de apreciación local para la reglamentación de los derechos humanos reconocidos en el Convenio Europeo, el tribunal entendió que las disposiciones legales impugnadas no lesionaban la libertad religiosa de la accionante.

[43] Cfr. la opinión consultiva 4/84 en que se afirma que los fines y valores que promueve la Declaración Americana de Derechos Humanos "adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso".

[44] Ha sostenido el Dr. Antonio Cançado Trindade que "la doctrina del llamado 'margen de apreciación' floreció... en la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos, como una deferencia a la supuesta 'sabiduría' de los órganos del Estado en cuanto a la mejor manera de dar efecto a las decisiones de los órganos convencionales de protección en el ámbito del derecho interno. Esta doctrina presupone la existencia de Estados verdaderamente democráticos, con un Poder Judicial indudablemente autónomo…Esta doctrina sólo podría haberse desarrollado en un sistema europeo de protección que se creía ejemplar, propio de una Europa occidental (antes de 1989) relativamente homogénea en cuanto a sus percepciones de una experiencia histórica común…Ya no se puede presuponer, con la misma seguridad aparente del pasado, que todos los

g) Principio *pro homine* como criterio interpretativo final en materia de derechos humanos[45]: en el supuesto de un posible conflicto entre normas internacionales y constitucionales habrá que elegir aquella que otorgue mayor protección a los Derechos Humanos en el caso concreto que se plantea.

h) Necesidad de colaboración de los órganos de gobierno y tribunales nacionales para el cumplimiento y ejecución de las decisiones de los tribunales internacionales: las sentencias de los tribunales internacionales no siempre tienen previstos mecanismos de ejecución para sus decisiones y suelen requerir de la intervención de los funcionarios y jueces locales para su efectivización. El leal acatamiento y la actitud de colaboración de las instancias nacionales resultan decisivos para la operatividad de lo decidido en sede internacional[46].

Estados que integran su sistema regional de protección sean verdaderos Estados de Derecho. Siendo así, la doctrina del "margen de apreciación" pasa a requerir una seria reconsideración. Afortunadamente tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.", *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pág. 386.

[45] "La naturaleza especial de los tratados de derechos humanos tiene incidencia, como no podría dejar de ser, en su proceso de interpretación. Tales tratados, efectivamente –tal como lo han advertido las Corte Europea e Interamericana de Derechos Humanos– no son interpretados a la luz de concesiones recíprocas, como en los tratados clásicos, pero sí en la búsqueda de la realización del propósito último de la protección de los derechos fundamentales del ser humano", Cançado Trindade, Antonio, El Derecho Internacional en el Siglo XXI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág.24.

[46] Como ejemplo de falta de leal acatamiento y colaboración de las instancias nacionales respecto de las decisiones de los tribunales internacionales, cabe mencionar la sentencia de la Corte Suprema norteamericana en el caso Medellín del 25-III-08. José Medellín, un ciudadano mexicano residente en Estados Unidos, había sido condenado a muerte por los tribunales de Texas a causa de una violación ocurrida en Houston en 1993. Durante su proceso penal, no se le informó al condenado acerca de su derecho a recibir asistencia consular, según lo previsto en la Convención de Viena sobre relaciones consultares de 1963, de la que Estados Unidos era parte. A raíz de que esta omisión se había repetido en otros 58 casos, México demandó a Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia. Al resolver el caso Avena en 2004, el tribunal de La Haya acogió favorablemente el reclamo y decidió que la violación de las normas internacionales por privación de la asistencia consultar, exigían la revisión de las condenas penales. En 2005, el Presidente Bush dictó una circular para el cumplimiento de la sentencia

Estas pautas, entre otras, pueden ayudar a resolver algunos de los problemas de armonización, pero no solucionan todos los conflictos que se pueden dar, ya que ambos sistemas jurídicos e institucionales, el nacional y el internacional, continúan funcionando de modo parcialmente independiente.

La dimensión procesal

El ámbito institucional o procesal del principio de subsidiariedad se refiere principalmente a la forma en que operan los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos respecto de las autoridades estatales. De esta forma, la subsidiariedad orienta la distribución de tareas entre las autoridades estatales –quienes deben garantizar los derechos internacionalmente reconocidos– y el juez internacional, que actúa de manera subsidiaria. Los tribunales internaciones de derechos humanos no realizan funciones de tribunales de apelación o casación de las decisiones judiciales internas, sino que su papel se limita a comprobar la compatibilidad[47] del ordenamiento interno con los instrumentos internacionales firmados y aprobados conforme al procedimiento interno.

Una vez comprendida la naturaleza subsidiaria de los tribunales internacionales, conviene adentrarse en la regla del previo

de la Corte Internacional de Justicia y la revisión de los fallos condenatorios. La Corte de Texas reconsideró el caso Medellín, pero confirmó la condena a muerte. Medellín apeló ante la Corte Suprema norteamericana quien, en voto dividido seis a tres, rechazó su apelación. En los fundamentos del voto mayoritario, desde una clara postura dualista, se afirma que la Convención Internacional de Viena no era una norma cuyo cumplimiento deba ser exigido por los tribunales locales, ya que ninguna ley del Congreso la había incorporado aún al sistema normativo interno, por lo que las normas procesales estaduales tienen primacía sobre la Convención. Por otra parte, tampoco la instrucción del Presidente era obligatoria para los tribunales locales, ya que ello implicaría reconocer facultades legislativas y judiciales en el Presidente, contrariando la división de poderes prevista en la Constitución federal. México volvió a acudir ante la Corte Internacional de Justicia para impedir la ejecución de Medellín. El tribunal internacional determinó en el mes de junio de 2008 que se debía suspender la ejecución. La Corte de Texas, a pesar del pedido del Secretario de las Naciones Unidas, ordenó la muerte del condenado.

[47] Cfr. TEDH, *Caso Rodríguez Valín contra España*, Sentencia del 11 de octubre de 2001, párrafo 22.

agotamiento de los recursos internos. Sin lugar a dudas, antes de acceder a la jurisdicción internacional, es necesario agotar previamente todas las instancias locales[48]. Este principio guarda cierta relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida que esta última garantía exige que las demandas sobre posibles violaciones a los derechos humanos sean adecuadamente atendidas y decididas, en primer lugar, por los tribunales nacionales. Si ello no ocurre, más allá de la resolución que se adopte sobre el fondo de la cuestión, existirá una lesión a la garantía de la tutela judicial efectiva que deberá ser remediada en sede internacional[49].

---

[48] Señala el artículo 35 de la Convención Europea de Derechos Humanos que "al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internos, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva". El art. 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene el mismo requisito y contempla también sus excepciones:

"1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los arts. 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos;

b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;

c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y

d) que en el caso del art. 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1, a) y 1, b) del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido el proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o hay sido impedido de agotarlos, y

c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos".

[49] En relación al sistema europeo de Derechos Humanos, sostiene Luzius Wildhaber: "prácticamente todas las garantías convencionales conllevan una obligación positiva e implícita de implantar y hacer efectivos procedimientos que permitan reivindicar a nivel nacional el derecho en cuestión. Esto confirma la exigencia del agotamiento de las vías de recurso internas expuestas en el artículo 35 del Convenio, y la obligación de ofrecer un recurso efectivo que el artículo 13 hace pesar sobre los Estados. Y deberá ser así si se desea que el sistema funcione a título subsidiario. Como el Tribunal ha subrayado recientemente, "de acuerdo con el objeto y los fines subyacentes del Convenio, según se desprende del artículo 1 del mismo, cada Estado contratante deberá asegurarse en su orden jurídico interno el disfrute de los derechos y libertades garantizados.

Se concede a los Estados la oportunidad de reparar las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito en el ámbito de su propio sistema jurídico interno antes de que se pueda cuestionar su responsabilidad en el plano internacional. Así, ha dicho la Corte Internacional de Justicia que constituye "una regla de derecho internacional consuetudinario bien establecida" aquella que consagra que se deben agotar los recursos locales antes de poder litigar en los tribunales internacionales[50]. El TEDH ha reconocido que "[l]a regla del agotamiento de la vía de los recursos internos que dispensa a los Estados de responder de sus actos ante un órgano internacional antes de haber podido remediarlo dentro de su orden jurídico interno, figura…entre los principios de derecho internacional generalmente reconocidos"[51]. Por su parte, la Corte IDH ha destacado que esta regla permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta "coadyuvante o complementaria de la interna"[52].

Además, es necesario considerar, como lo ha hecho la Corte IDH, que la regla de previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención Americana, consistentes en la obligación de los Estados de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25) que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso (artículo 8°), en el

Es fundamental para el mecanismo de protección establecido por el Convenio que los mismos sistemas nacionales permitan corregir las infracciones cometidas, y que el Tribunal ejerza su control en el respeto del principio de subsidiariedad", ob. cit.

[50] CIJ, *Interhandel Case (Switzerland vs. United States of America),* Objeciones Preliminares, Sentencia del 21 de marzo de 1959, Reports 1959, pág. 27.

[51] TEDH, *Casos De Wilde, Ooms y Versyp,* Sentencia del 18 de junio de 1971, párrafo 50.

[52] Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 61 y *Caso Godínez Cruz*, Sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 64.

marco de la obligación general de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción[53].

La naturaleza subsidiaria de las instancias internacionales no busca sustituir o suplantar a las instancias nacionales sino complementar a los mecanismos nacionales de protección en aras de una efectiva protección de los derechos humanos, y ayuda a las instancias nacionales a alcanzar los propios fines del Estado constitucional[54]. La aplicación efectiva del principio de subsidiariedad representa el siguiente paso de la comunidad internacional hacia la construcción de un orden público internacional respetuoso a su vez de la diversidad y el pluralismo pero firmemente comprometido con la efectiva vigencia de los derechos más fundamentales y con su universalidad[55].

Para ello el principio de subsidiariedad debe ser entendido en su doble dimensión sustantiva y procesal. En su dimensión sustantiva, el principio de subsidiariedad busca establecer un equilibrio entre la unidad de derechos y la diversidad de contextos políticos, sociales y culturales que permite y garantiza, de alguna forma, el surgimiento de estándares comunes sobre la base de un diálogo entre los diferentes sistemas constitucionales. Diálogo indispensable en tanto que el derecho internacional de los derechos humanos en general comparte la naturaleza descentralizada del derecho internacional y carece de un órgano único que defina la interpretación última de los derechos, pero donde las jurisdicciones internacionales de derechos humanos tienen un peso específico y una singular importancia dada su naturaleza y especialización. En su dimensión procesal la subsidiariedad busca, por un lado, garan-

[53] Caso *Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*, Sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C, núm. 1, párrafo 91.

[54] Del Toro Huerta, *op. cit*., pág. 59.

[55] Carozza, *op. cit.,* pág. 67.

tizar la efectividad de los derechos ahí donde ésta sea posible y, por el otro, establecer un marco jurídico procesal que defina los alcances y las limitaciones del propio sistema internacional[56].

IV. El principio de subsidiariedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH ha hecho mención expresa del principio de subsidiariedad en varias de sus sentencias y resoluciones. A continuación se reseñarán las más recientes en la historia de este Tribunal, haciendo hincapié en el sentido y finalidad con que este principio fue utilizado.

El 22 de agosto de 2007, el Presidente de la Corte IDH dictó una resolución sobre la solicitud de ampliación de medidas provisionales en el asunto de las Penitenciarías de Mendoza. El sistema penitenciario de la provincia de Mendoza reúne una serie de establecimientos que no cumplen la función para la cual fueron creados –de conformidad al artículo 18 de la Constitución Nacional[57]– y tampoco colaboran en mejorar la seguridad de los ciudadanos. La Corte le requirió al Estado Argentino que adoptara de forma inmediata las medidas que fueran necesarias para proteger la vida e integridad personal de todas de las personas privadas de libertad en la Penitenciaría Provincial de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle, así como la de todas las personas que se encuentren en el interior de éstas. En este sentido, el Tribunal

[56] Del Toro Huerta, *op. cit.*, pág. 61.

[57] Artículo 18 in fine de la Constitución Nacional: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

en su considerando 14 señaló: "Que en atención al principio de subsidiariedad que informa el Sistema Interamericano de derechos humanos, una orden de adopción (o ampliación) de medidas provisionales bajo el artículo 63.2 de la Convención Americana se justifica en situaciones de extrema gravedad y urgencia y ante la posibilidad de que ocurran daños irreparables a las personas, respecto de las cuales las garantías ordinarias existentes en el Estado respecto del que aquellas se solicitan resultan insuficientes o inefectivas o las autoridades internas no puedan o no quieran hacerlas prevalecer".

Así, la Corte se ampara en este principio para poder justificar el dictado de una medida provisional siempre que los remedios jurisdiccionales internos resulten ineficaces en aras de lograr una correcta tutela del derecho lesionado. Igual fundamento utilizó en la resolución que dictó el 8 de febrero de 2008 sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por la Comisión Interamericana respecto de la República Bolivariana de Venezuela en el caso del "Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II"[58].

El doctor Cançado Trindade, en el caso "Los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú"[59], resuelto el 8 de julio de 2004, dedicó un apartado al principio de subsidiariedad y a la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno. Luego de precisar que la responsabilidad internacional de un Estado queda comprometida inmediatamente luego de verificarse cualquier violación de un derecho protegido por la Convención Americana, señala que el principio de subsidiariedad se refiere específicamente a los mecanismos

[58] Cfr. considerando 15.

[59] En medio de dos operativos policiales realizados en el Estado del Perú, bajo un estado de emergencia, dos hermanos de 14 y 17 años fueron detenidos por agentes de la Policía Nacional por ser sospechosos de delitos de terrorismo e introducidos en el baúl de la patrulla policial. Una hora después de su detención sus cuerpos fueron ingresados a la morgue. Si bien los tribunales peruanos investigaron los hechos y determinaron la responsabilidad individual de los autores materiales, el autor intelectual continúa prófugo. La Corte Interamericana declaró que ese Estado violó en relación a las víctimas varios derechos establecidos en la Convención de Derechos Humanos.

de protección internacionales, siendo éstos considerados como subsidiarios de los nacionales[60]. Asimismo agrega que "la referida subsidiariedad (…) no puede ser invocada en cuanto a las normas sustantivas atinentes a los derechos protegidos, ni tampoco en cuanto al contenido y alcance de las obligaciones correspondientes"[61]. Por último señala que en un ensayo que publicó en Alemania en 1977-1978, ponderó que, como los tratados de derechos humanos atribuyen funciones de protección a los propios tribunales nacionales en la aplicación de la regla de los recursos internos, dichos recursos integran los procedimientos de protección internacional; la interacción de ahí resultante entre los ordenamientos jurídicos internacional y nacional en el presente contexto de protección tiene por propósito y efecto el perfeccionamiento de los sistemas nacionales de protección judicial, tal como es requerido por los instrumentos internacionales de salvaguardia de los derechos humanos[62].

Por su parte, el voto disidente del juez ad hoc Einer Elías Biel Morales en el caso "Reverón Trujillo c. Venezuela", de fecha 30-6-2004, realiza una mención aislada pero determinante del principio de subsidiariedad. En este fallo, el magistrado hizo gala de este principio, en el último considerando, donde explicó lo siguiente: "la Corte debió haber entrado a analizar la efectividad del recurso de revisión señalado por el Estado, para poder concluir si en efecto se agotaron o no los recursos internos en los términos de la Convención. A pesar de que concuerdo en las razones que sustentan las decisiones de fondo adoptadas por la mayoría, considero que es necesario y conveniente asumir que el requisito del

---

[60] Voto del Doctor Cançado Trindade, consid. 23 en la causa Corte IDH, "Los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú", 08-07-2004.

[61] Ibídem, consid. 24.

[62] Ibídem, consid. 25; A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 Archiv des Volkerrechts - Tübingen (1977-1978) págs. 333-370; y cfr., en el mismo sentido, veinte años después, A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento dos Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed. actualizada, Edit. Universidad de Brasilia, Brasilia, 1997, págs. 176-177 y 244-245.

agotamiento de los recursos internos no puede ser una defensa a la que el Estado puede renunciar tácitamente, ya que constituye una regla en la que se concretiza el principio de subsidiariedad del Sistema Interamericano"[63].

En el voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en el caso *"Cepeda Vargas vs. Colombia"*, de 26 de mayo de 2010, se realiza una exposición teórica, normativa y jurisprudencial del principio de subsidiariedad. Su riqueza es indiscutible, sobre todo porque es la primera vez que un juez de la Corte IDH dedica varias páginas a explicar en qué consiste este principio, y por qué es de importancia capital para la resolución fundada del caso. Se transcribirán a continuación los considerandos pertinentes, por creerlos de un valor significativo para la acabada comprensión de este principio:

> "Considerando 4: En el preámbulo de la Convención Americana se establece un principio fundamental que es el de la subsidiariedad de la jurisdicción interamericana de los derechos humanos frente a la jurisdicción interna, al reconocerse que la protección internacional de los derechos humanos es "coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". Tal subsidiariedad también se encuentra consagrada en los artículos 46.1.a) y 61.2 de la Convención Americana que estipulan el requisito de agotar los recursos internos antes de recurrir a presentar una petición ante el Sistema Interamericano.
>
> 5. La Corte ha desarrollado este principio, al sostener que "[l]a regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta 'co-

[63] Voto del juez Biel Morales, consid. 14 en el caso Corte IDH, "Reverón Trujillo c. Venezuela", 30-06-2004.

adyuvante o complementaria' de la interna"[64]. La Corte ha establecido que la responsabilidad estatal sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido oportunidad de examinarla y declararla a través de los recursos de la jurisdicción interna y de reparar el daño ocasionado. La jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario[65].

6. Así, los Estados americanos han querido dejar suficientemente claro que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa[66]. "En fin de cuentas, cuando se comente una violación surge la responsabilidad internacional del Estado –consecuencia directa del incumplimiento o la vulneración del deber, asimismo internacional, asumido por éste–, pero no necesariamente se pone en movimiento la competencia de la Corte Interamericana. Ésta se desplegará en la hipótesis de que no actúe la jurisdicción interna"[67].

7. Asimismo, el Tribunal ha explicado que [l]a Convención Americana es un tratado multilateral mediante el cual los Estados Partes se obligan a garantizar y a hacer efectivos los derechos y libertades previstos en ella y a cumplir con las reparaciones que se dispongan. La Convención es la piedra fundamental del sistema de garantía de los derechos humanos en América. Este sistema consta de un

---

[64] *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61.

[65] *Caso Perozo y otros v. Venezuela. Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 64.

[66] Faúndez Ledesma, Héctor, *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, IIDH, San José, Costa Rica, 2007, p. 43.

[67] García Ramírez, Sergio, "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana", en *La jurisdicción interamericana de derechos humanos,* CNDH y Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2006, p. 90.

nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren. Ahora bien, si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en la que los órganos principales son la Comisión y esta Corte. Pero, como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, la protección internacional es "coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". En consecuencia, cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su "aprobación" o "confirmación"[68].

8. La Convención Americana impone a los Estados Partes el deber de asegurar a las presuntas víctimas recursos eficaces ante las instancias nacionales contra violaciones de los derechos reconocidos en los tratados o en el Derecho interno[69] y dispone el correlativo deber del reclamante de agotar previamente los recursos de derecho interno como condición de admisibilidad de sus peticiones a nivel internacional. El establecimiento de tales deberes complementarios pone de relieve la necesaria interacción que debe existir entre el Derecho internacional y el Derecho interno en el ámbito de la protección de los derechos humanos.

9. El principio de subsidiariedad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos implica que recae en los Estados –a través de sus órganos y autoridades internas– la responsabilidad primaria de respetar

[68] *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 33.

[69] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 25.1.

y garantizar en el ámbito de su jurisdicción los derechos humanos recogidos en las normas internacionales de protección y cumplir con las obligaciones internacionales que de ellas se derivan. Antes bien, los garantes en primera línea de la protección de los derechos humanos están llamados a ser los tribunales y autoridades nacionales. "En principio los operadores nacionales son los mejor situados para conocer, valorar y resolver sobre las presuntas violaciones a los derechos humanos. Los operadores internacionales no intervienen sino ahí donde el Estado ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. En consecuencia el principio de subsidiariedad establece un mecanismo adecuado para definir los límites de la jurisdicción internacional y las obligaciones de las autoridades nacionales"[70].

10. Dichas implicaciones del principio de subsidiariedad fueron destacadas en el *caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*, cuando la Corte recordó que el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. Los tribunales internos y órganos estatales tienen el deber de

[70] Del Toro Huerta, Mauricio Iván, "El principio de subsidiaridad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento,* Becerra Ramírez, Manuel (coord.), UNAM, México, 2007, p. 24, citando a Pastor Ridruejo, José Antonio, "Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l´homme", *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21.* Januar 2005, Carl Heymanns Verlag, 2005, pp. 1077-1083.

asegurar la implementación de la Convención Americana a nivel nacional[71].

11. Ese elemento esencial del derecho internacional de los derechos humanos está en la base conceptual de su interacción esencial con el derecho interno y el comportamiento que deben tener al respecto las distintas instituciones del Estado teniendo en cuenta las obligaciones que libre y soberanamente ha contraído a través de un tratado internacional. Ello al menos en dos ámbitos derivados, cada uno, de dos normas fundamentales de la Convención: el artículo 1.1 y el artículo 2[72]. Los Estados cumplen así un papel fundamental como integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Un papel medular le corresponde en ello a los tribunales nacionales, como parte del aparato del Estado.

12. En ese proceso de interacción la Corte no se sitúa por encima de los Estados, sino que cumple su función de actuar, en el terreno de lo contencioso, cuando se le somete un caso después de haberse agotado la jurisdicción interna. El carácter vinculante de las sentencias de la Corte no está hoy en discusión y en lo esencial ellas son acatadas por los Estados. Especialmente notable es que los tribunales nacionales vienen inspirándose de manera creciente en los criterios jurisprudenciales de la Corte, espacio internacional que hoy sirve a los tribunales más relevantes de América Latina como inspiración de razonamiento jurisdiccional. Se multiplica, así, en centenares y, acaso, en miles de espacios judiciales nacionales la ju-

[71] *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66.

[72] García-Sayán, Diego, "Justicia interamericana y tribunales nacionales", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Diké, Medellín, 2008, p. 378.

risprudencia de la Corte. El Tribunal interamericano, por su lado, se nutre también de la importante jurisprudencia de instancias nacionales. El Tribunal no puede situarse al margen o por encima de esa dinámica institucional ni pretender corregir decisiones internas salvo cuando se trate de decisiones contrarias o que confronten los parámetros internacionales a la luz de la Convención Americana.

13. El carácter subsidiario de los órganos de protección del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos supone que las instancias internas cuentan con márgenes para establecer y aplicar criterios para reparar la violación. Ello permite que los órganos e instituciones nacionales refuercen sus capacidades para utilizar procedimientos y criterios que estén en concordancia con los parámetros internacionales en materia de derechos humanos. Ciertamente los Estados "no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer [un] control en forma subsidiaria y complementaria"[73].

14. Corresponde a la Corte Interamericana, una vez que declara la responsabilidad internacional del Estado, cumplir con el deber que le impone el artículo 63.1 de la Convención de disponer, "*si ello fuera procedente*, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada" (énfasis agregado). Para cumplir con tal deber, el Tribunal debe verificar la conformidad de las reparaciones otorgadas en el ámbito interno con las obligaciones internacionales y actuar disponiendo

[73] Cfr. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 47.

medidas para reparar aquellos daños que no fueron reparados debidamente a nivel interno. La Corte debe evaluar si es procedente ordenar al Estado que pague una indemnización adicional si esta se hubiere establecido internamente. No procede ordenar tal medida cuando el Estado, a través de sus órganos internos, ha dispuesto y ejecutado una indemnización justa que repare el daño causado.

15. El pronunciamiento de la Corte Interamericana en materia de reparaciones no depende ni está limitado, pues, por los mecanismos o parámetros dispuestos en el ordenamiento jurídico nacional, así como tampoco por lo ya decidido por los órganos internos. Al verificar la conformidad de las reparaciones otorgadas a nivel interno la Corte carece de tales límites; por el contrario, es ella la intérprete final de la obligación internacional de reparar en materia de derechos humanos pero está, a la vez, en el deber de reconocer y estimular, de ser el caso, los pasos dados en el derecho interno que sean concordantes con el ordenamiento internacional"[74].

En aras de complementar lo dicho anteriormente, el magistrado se refiere en el apartado IV a la interacción entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales, tratando de buscar el perfeccionamiento de la protección de los derechos en el ámbito interno. "El efectivo respeto y garantía a los derechos humanos depende primariamente de la voluntad y el actuar de los Estados, por ello es un deber de los Estados ser el primer espacio de protección de los derechos humanos. En su papel de creadores y actores del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos los Estados tienen el deber de asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección. De

[74] Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en el caso *Corte IDH, "Cepeda Vargas vs. Colombia"*, de 26-05-2010, consid. 4-15.

ello depende, a fin de cuentas, la eficacia cotidiana de los derechos establecidos en el Sistema. Agrega que "en este contexto, los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos[75]. Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos"[76].

Esta participación activa de los tribunales nacionales en garantizar los derechos humanos crea un ámbito propicio para el desarrollo de sus capacidades para utilizar procedimientos y criterios cada vez más acordes con las normas y estándares internacionales de protección en materia de derechos humanos, que permitan una mejor implementación de éstos a nivel interno. De ello resulta que la interacción entre los ordenamientos jurídicos internacional y nacional tenga como uno de sus propósitos el fortalecimiento de los sistemas nacionales de protección. Ello permite fomentar que los órganos jurisdiccionales nacionales se enfrenten con la violación de derechos y hagan lo posible para repararla si ésta se llega a producir. "Existe en la garantía internacional un interés general, además del meramente subjetivo: instar la eficacia del sistema estatal. No es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia"[77].

[75] García-Sayán, Diego, "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005, p. 330.

[76] García-Sayán, Diego, "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", *op. cit.*, p. 330, y Diego García-Sayán "Justicia interamericana y tribunales nacionales", *op. cit.*, p. 379.

[77] Perez Tremps, Pablo, "Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales", en *Anuario de la Facultad de Derecho,* Universidad de Extremadura, N° 10, 1992, p. 81.

Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de "nacionalización" del derecho internacional de los derechos humanos[78]. Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita. En el marco de las acciones de muy distinta naturaleza que permiten incentivar tal diálogo, la presente decisión de la Corte Interamericana de valorar positivamente lo actuado en materia de reparación del daño material en el ámbito interno constituye un paso importante en este camino[79].

Por último, el Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", del 26 de noviembre de 2010 también hizo mención expresa al principio de subsidiariedad. En esta sentencia, la Corte ha reiterado su doctrina jurisprudencial sobre el control de convencionalidad, explayándose sobre el mismo para la resolución del caso. No obstante, y en lo que a nosotros nos concierne, el referido magistrado recuerda que "no se otorga competencia absoluta a la Corte IDH para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, toda vez que ello implicaría examinar nuevamente los hechos, valorar las pruebas y emitir una sentencia que eventualmente pudiera tener por efecto confirmar, modificar o revocar el veredicto nacional; cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de

[78] García-Sayán, Diego, "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", *op. cit*., p. 325-331.

[79] Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en el caso *Corte IDH, "Cepeda Vargas vs. Colombia"*, de 26 de mayo de 2010, consid. 29-33.

aquélla. En efecto, las garantías convencionales descansan en el "principio de subsidiariedad" antes referido, reconocido expresamente en los artículos 46.1.a) de la propia Convención Americana, previendo de manera clara como requisito de actuación de los órganos interamericanos "que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos"; regla que a su vez complementa el dispositivo 61.2 del mismo Pacto, al prever de manera explícita como condición de actuación de la Corte IDH el "que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50" (referido al procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)"[80].

V. Algunas consecuencias prácticas del principio de subsidiariedad

a) Estadísticas sobre acumulación de causas a resolución de la Corte IDH y de la Corte EDH: número anual e incremento de causas que llegan, número que se resuelven cada año, imposibilidad de hacer frente a todas las causas

Desde la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 hasta nuestros días, se ha provocado un notable aumento de causas resueltas por los tribunales internacionales. Este fenómeno se ha verificado tanto en el sistema europeo como en el americano y se explica, entre otros motivos, por la creciente juridi-

[80] Voto del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso Corte IDH, "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", del 26-11-2010, consid. 9.

zación y judicialización de los problemas sociales y políticos, como así también por la progresiva toma de conciencia de las posibilidades que ofrece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ha contribuido a esta tendencia el criterio aperturista y amplio en el reconocimiento de la legitimación para accionar fijado por los tribunales internacionales. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al dictar su 4º Reglamento ha permitido a las víctimas de las violaciones ser partes en el proceso, cuando, conforme al texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, únicamente podían ser parte del proceso tanto la Comisión como los Estados partes. Esta solución había sido ya adoptada por el Consejo de Europa mediante el protocolo XI que entró en vigencia en octubre del año 1998.

La persona humana ha pasado a ser un sujeto de derecho internacional, con capacidad jurídica para exigir, en sede nacional e internacional, el cumplimiento por parte de su propio estado u de otro extranjero de las obligaciones que han asumido en materia de Derechos Humanos[81]. Esto ha producido una profunda transformación del Derecho Internacional, ya que se han ampliado considerablemente sus fronteras y campos de acción. La persona humana no sólo se ha convertido en sujeto del Derecho Internacional, sino que de modo creciente se va reconociendo su legitimación para participar en los procesos y plantear sus demandas y reclamos ante los tribunales internacionales, especialmente ante los de carácter regional[82].

---

[81] Ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos que los Tratados sobre Derechos Humanos "no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin es la protección de los Derechos Fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual, ellos, por del bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción", Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 2/82.

[82] Cfr. Cançado Trindade, Antonio, *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.

Los derechos humanos reconocidos en los Tratados Internacionales no son meramente derechos naturales, ya que ellos han sido objeto de un proceso de positivización y formalización que concreta y especifica su contenido y los tornan operativos y exigibles ante los órganos de gobierno de un Estado y frente a los tribunales nacionales e internacionales. Sin embargo, su formulación suele realizarse mediante cláusulas amplias y abiertas. Esta característica de los documentos internacionales otorga un importante margen de acción a su intérprete y favorecen su desarrollo progresivo. Se podría hablar, en este sentido, de un carácter germinal, proteico y evolutivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este contexto, se ha producido una cierta saturación y sobrecarga en la actividad jurisdiccional –tanto consultiva como contenciosa– de los tribunales, tendencia que aparece como arrolladora y muy difícil de revertir.

La creciente demanda jurisdiccional que se verifica en ambos tribunales regionales (Corte Interamericana y Corte Europea de Derechos Humanos) exige la definición de una estrategia institucional que le dé una respuesta adecuada. El criterio con que maneja su propia competencia es, sin duda, uno de los elementos centrales de esa estrategia que debe definir cada tribunal. Pareciera que en estos momentos, la Corte Europea de Derechos Humanos está más preocupada en cómo acotar y disminuir su competencia, mientras que la Corte Interamericana viene adoptando una postura más aperturista y activista, de acuerdo con las distintas etapas históricas por la que transitan ambos tribunales internacionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue establecida el 18 de julio de 1978, al entrar en vigencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Tribunal está compuesto por siete jueces elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral y de reconocida competencia en materia de

derechos humanos. Ejerce una doble función: contenciosa y consultiva. A lo largo de toda su historia, y según surge de los Informes anuales elaborados por el mismo Tribunal, la Corte IDH ha emitido un total de 238 sentencias[83]. Durante el 2011 se sometieron a la Corte Interamericana 23 nuevos casos contenciosos, siendo así el año en que más casos han sido sometidos ante el Tribunal. La Corte, en 2011, emitió 18 sentencias, pronunciándose sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones, costas e interpretación. Desde 1979 hasta el año 2009 el Tribunal internacional se pronunció en 20 opiniones consultivas y ordenó 81 medidas provisionales[84].

Por otro lado, la Corte IDH ha realizado un gran esfuerzo por reducir los períodos de duración de los casos que se encuentran ante ella. El principio de plazo razonable que se desprende de la Convención Americana y de la jurisprudencia constante de este Tribunal no sólo es aplicable a los procesos internos dentro de cada uno de los Estados Parte, sino también para los tribunales u organismos internacionales que tienen como función resolver peticiones sobre presuntas violaciones a derechos humanos. Resulta llamativo cómo el promedio de duración del procedimiento fue decreciendo, hasta llegar a 16,4 meses de duración de un caso contencioso ante la Corte en 2011. En sus orígenes, el promedio oscilaba en 39 meses de duración del procedimiento, llegando a tardar 40,5 meses en 1996[85].

La Corte Europea de Derechos Humanos, integrada por 47 jueces que actúan divididos en salas de 7 integrantes, recibe al año unas 60.000 causas y sólo llega a resolver 1.500 al año, lo que podría llevar no sólo a su paulatino colapso, sino también a una pérdida de la calidad de sus sentencias. Para intentar hacer frente

---

[83] Esta estadística corresponde al período 1979-2011. Para mayor abundamiento y precisión, se sugiere consultar los Informes anuales elaborados por la Corte IDH disponibles en http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm (último acceso el 23-X-2012).

[84] Informe de la Corte IDH, año 2009.

[85] Ibídem.

a esta situación se ha firmado en el año 2004 el Protocolo XIV, ratificado por los países europeos, que permite al tribunal rechazar con cierta elasticidad las causas que, a su criterio, no constituyan un aporte significativo al desarrollo del Derecho de los Derechos Humanos en el ámbito europeo[86]. Se trata de una especie de "certiorari", propio de la Corte Suprema norteamericana, que habilitaría a la Corte Europea manejar con cierta flexibilidad y discrecionalidad su propia agenda jurisdiccional, posibilitándole la realización de una tarea más cerebral y medular, que meramente muscular y cuantitativa. El Protocolo XIV comenzó a regir el primer día de junio de 2010, luego de la ratificación de Rusia, con la exclusiva finalidad de darle mayor eficiencia al Tribunal.

Desde que se creó en 1959, la Corte EDH resolvió unas 15.000 causas, con la particularidad que en aproximadamente la mitad fueron Estados partes: Turquía (2747), Italia (2166), Rusia (1212) y Polonia (945). En el 83% de los casos que resolvió, la Corte encontró al menos una violación de la Convención por el Estado demandado. Asimismo, luego de la reforma al sistema de la Convención (1-XI-1998), se produjo un aumento estrepitoso en el número de causas que comenzó a resolver la Corte. En consecuencia, más del 91% de los casos resueltos por el Tribunal fueron resueltos en el período entre 1998 y 2011[87].

---

[86] Según explicaba Luzius Wildhaber, a través del Protocolo XIV se pretende conferir "al Tribunal el poder de rehusar examinar en detalle las consultas que no presenten cuestión substancial alguna con respecto al Convenio", ob. cit.

[87] Desde 1959 a 1998, la Corte EDH resolvió 837 casos. En 1999 (177), 2000 (695), 2001 (888), 2002 (844), 2003 (703), 2004 (718), 2005 (1105), 2006 (1560), 2007 (1503), 2008 (1543), 2009 (1625), 2010 (1499) y 2011 (1157). Cfr. European Court of Human Rights, "Overview 1959-2011", Febraury 2012; disponible en http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/ Statistics/Statistical+data (acceso el 23-X-2012).

b) El paso de la "res iudicata" o reparación específica de las violaciones a los DDHH, a la "res interpetata" o creación de pretoriana de derecho a nivel regional, como eje central de la actividad de los tribunales supranacionales en materia de DDHH

Los derechos humanos reconocidos en los Tratados Internacionales no son meramente derechos naturales, ya que ellos han sido objeto de un proceso de positivización y formalización que concreta y especifica su contenido y los tornan operativos y exigibles ante los órganos de gobierno de un Estado y frente a los tribunales nacionales e internacionales. Sin embargo, su formulación suele realizarse mediante cláusulas amplias y abiertas. Esta característica de los documentos internacionales otorga un importante margen de acción a su intérprete y favorecen su desarrollo progresivo. Se podría hablar, en este sentido, de un carácter germinal, proteico y evolutivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Una de las premisas fundamentales del nuevo paradigma jurídico y político es que "todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fuesen sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales"[88].

Con el paso de los años, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha ido convirtiendo en un nuevo *ius commune,*

[88] Cfr. Declaración y Programa de Acción de Viena elaborado luego de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada por la ONU y celebrada en Viena en 1993.

ius gentium o lex universalis, un nuevo orden público internacional, un derecho sin fronteras[89], con una clara fuerza de penetración y transformación de los propios ordenamientos jurídicos locales[90]. Del mismo modo que el derecho constitucional ha ido permeando y modificando los distintos sectores de la legislación interna, hoy el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está también transformado el derecho constitucional e interno de los estados[91]. Este proceso produce, en términos políticos, un claro traspaso de soberanía de los estados nacionales en favor de entidades supranacionales. La determinación y protección efectiva de los Derechos Humanos no sólo es asumida desde el ámbito nacional, sino que se reconoce una clara y creciente competencia de la comunidad y de los organismos internacionales para intervenir en esta materia.

En sus inicios, las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, se ocuparon, principalmente, de las violaciones más graves de los Derechos Humanos (genocidios, desaparición forzada de persona, apartheid racial, etc.), ante la imposibilidad o insuficiencia de las normas y competencias nacionales para hacer frente a esos atentados más graves y evidentes a la vida y libertad de las personas humanas. Sin embargo, con el correr del tiempo y a raíz de la actividad de los organismos y tribunales internacionales, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha comenzado

---

[89] Como afirma Alfredo Vítolo (con remisión a Teitel, Ruth, *Comparative Constitutional Law in a global age,* 117 Harvard. Law. Review. 2570, 2004), "el derecho internacional de los derechos humanos comienza a operar, en estos tiempos, como un régimen constitucional no escrito para un orden global".

[90] Había profetizado Hans Kelsen en 1934 que "en la misma medida en que el Derecho Internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos… Paralelamente, se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas", Teoría Pura del Derecho, Bs. As., Eudeba, 1981, pág. 203.

[91] Cfr. Albanese, Susana, "La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional", en Albanese Susana (Coord.), *El control de convencionalidad,* Ediar, Buenos Aires, 2008,

a definir y resolver también otras cuestiones jurídicas más sutiles (p. ej., vigencia del derecho de réplica, existencia y extensión de la doble instancia en materia penal, prohibición del uso del velo islámico en los establecimientos públicos, posibilidad y alcance de la revisión judicial de la actividad administrativa y los procesos de responsabilidad política, procedencia de la acción de amparo frente a los actos judiciales, validez de la legislación penal en materia de libertad de expresión, régimen sindical único o plural, etc.), que anteriormente estaban sujetas al criterio final de las normas y jueces nacionales[92]. Este proceso ha tenido un especial desarrollo en Europa y más tardíamente en America Latina, gracias a la actividad de la Corte Europea de Derechos Humanos[93] y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respectivamente.

En numerosas ocasiones, estos tribunales internacionales han optado, en su labor jurisprudencial, por una interpretación amplia, dinámica y evolutiva de los Tratados sobre Derechos Humanos, potenciando así el efecto expansivo de la normativa inter-

[92] Cfr. Slaughter, Anne-Marie y Burke-White, William, *The future of International Law is domestic (or, the European way of Law)*, 47 Harv. Int'l L.J., 327 (2006).

[93] "La Corte, en forma creciente, ha estado dispuesta a fallar que los Estados han violado la Convención. En sus primeras decisiones, la Corte parecía ansiosa por asegurar a los Estados que ella sería comprensiva de sus intereses y tradiciones. Por ejemplo, en 1961, en su primera sentencia sustantiva, *Lawless*, la Corte decidió que si bien Irlanda habría violado los artículos 5 y 6 de la Convención al detener a un sospechoso del IRA por cinco meses sin juicio, el Estado se encontraba autorizado para desviarse de las estrictas reglas de la Convención porque según el artículo 15 de la Convención se encontraba justificado al declarar "una emergencia pública que amenazaba la vida de la nación" y al tomar medidas extraordinarias. Si bien decisiones como las de *Lawless* pueden haber dado garantías a los Estados, ellas hicieron poco por promover las peticiones individuales. Sólo en 1968, 18 años después de la firma de la Convención Europea de Derechos Humanos y casi 10 años después de que la Corte pasó a ser competente para conocer casos, una decisión se adoptó en contra de un Estado miembro, *Neumeister*,… Aún más esperanzadoras para los litigantes privados, comenzando a partir de fines de los 1970, han sido las sentencias más recientes de la Corte. Muchos de los jueces de Estrasburgo parecen estar más dispuestos a molestar a los Estados miembros ahora que antes, mediante decisiones que estiran el lenguaje de la Convención", Janis, Kay y Bradley, *European Human Rights, Law. Text and Materials,* 3ra. ed., Oxford University Press, New York, 2008, págs. 75 y 76.

nacional[94]. De una "res legislata" contenida en los textos de los Tratados, se ha pasado a una "res iudicata" contenida en los fallos de los tribunales regionales que condenan a un determinado Estado y, finalmente, a una "res interpretata" que pretende hacer obligatorias las doctrinas jurisprudenciales de estos tribunales a todos los Estados partes, aun cuando ellos no hayan intervenido en el proceso judicial en que ellas fueron establecidas. Este proceso ha aumentado notablemente la fuerza expansiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Así, el Tribunal Constitucional del Perú, en su fallo del caso "Arturo Castillo Chirinos", sostiene que "la vinculatoriedad de las sentencias de la [Corte Interamericana] no se agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*"[95]. La Corte Suprema argentina también ha afirmado la necesidad de que los jueces nacionales utilicen como pauta de interpretación la jurisprudencia emanada tanto de la Corte Interamericana como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[96].

En el orden regional, la Comisión Americana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos emiten diversos tipos de declaraciones y decisiones. Incluso se pronuncian los comités de Seguimiento de los Tratados Internacionales, todos en procura de la protección, reparación, afianzamiento e interpretación del alcance de los derechos humanos bajo los pactos internacionales. Pero sólo la Corte Interamericana, cuando ejerce jurisdicción contenciosa, emite fallos definitivos e inapelables[97]. Según prescribe

[94] Cfr., p. ej., Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 10/1989, 14-VII-1989.

[95] Expediente N° 2730-06-PA/TC, del 21 de julio de 2006, párrs. 12 y 13.

[96] Cfr., entre otros, las sentencias de los casos Giroldi (*Fallos*, 318:514, 1995), Bramajo (*Fallos*, 319:1840, 1996) y Simón (*Fallos*, 328:2056, 2005).

[97] Cfr. art 67 de la CADH.

el Pacto de San José de Costa Rica, "los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todo caso en que sean partes"[98].

En el fallo "Simón", la Corte Suprema recordó que "tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humano, así como las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"[99].

A partir de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema comenzó a manejar, cada vez con mayor asiduidad, la doble fuente de protección de los derechos fundamentales: la que brinda la Constitución y la provista por el derecho internacional de los derechos humanos. Señala María A. Gelli, que "desde 'Ekmedjián c. Sofovich' (1992) hasta 'Mazzeo' (2007), el seguimiento de la jurisprudencia internacional emitida por la Corte Interamericana pareció intensificarse sin pausa alguna en el orden interno de la República Argentina"[100].

En el caso "Mazzeo", la Corte Suprema sostuvo que "el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana"[101]. Al establecer el criterio, la Corte argentina siguió

[98] Cfr. art. 68 de la CADH.

[99] Fallos 328:2056.

[100] Gelli, María Angélica, "El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso 'Bayarri' en un dictamen de la Procuración General de la Nación", LL 2010-C-1192, 1196.

[101] Cfr. consid. 21 del voto de la mayoría en "Mazzeo, Julio Lilo s/ recurso de casación e inconstitucionalidad" CSJN M. 2333. XLII (2007).

la doctrina de la Corte IDH emitida en un caso contencioso en que la República Argentina no fue parte –el fallo dictado en "Almonacid Arellano vs. Chile" (2006)– acerca de que el tribunal internacional "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos"[102].

Como señala Gelli, no siempre se presta suficiente atención al dictamen que realiza el Procurador General ante la Corte Suprema, salvo que el Tribunal haga suyos los términos de ese dictamen sin agregar otros fundamentos[103]. El dictamen emitido el 10 de marzo de 2010 por el Procurador General en *"A., J.E. y otro s/ recurso de casación"*, aborda la problemática del valor vinculante de la jurisprudencia internacional en el orden interno y su alcance específico en los casos concretos, frente al carácter supremo de la Corte argentina[104].

El Procurador General se interroga acerca de si "es vinculante para un tribunal una decisión de la Corte Interamericana emitida en un caso concreto contra nuestro país diferente al que es objeto de decisión para ese tribunal, de acuerdo al derecho interno y a la jurisprudencia local"[105]. Sobre el punto, sostuvo que "es preciso poner de manifiesto que el derecho argentino no ha establecido ex-

---

[102] Cfr. p. 124 de "Almonacid Arellano vs. Chile". CIDH Serie C N° 154 (26 de septiembre de 2006).

[103] Gelli, "El valor de la jurisprudencia internacional", *op. cit*.

[104] Cfr. p. II del dictamen del Procurador General Esteban Righi, en "A. J.E. y otro s/ recurso de casación".

[105] Cfr. Ibídem, p. IV.

presamente la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana más allá de lo dispuesto por el art. 68 de la Convención Americana". Es decir, que únicamente en todos los casos en que los Estados sean parte, están obligados a cumplir con la decisión de la Corte Interamericana[106]. En esta línea, el Procurador considera que los tribunales de justicia locales están obligados a tener en consideración la jurisprudencia de los organismos internacionales, pero no más. "Esto incluye un deber de examinar minuciosamente la aplicabilidad en el caso concreto, de expresarla y discutirla razonablemente y, en su caso, de explicar las razones jurídicas por las cuales no se sigue en el caso particular"[107].

A fin de tomar en consideración la jurisprudencia internacional, el Procurador propone seguir un test que resume en 4 pasos: (1) Verificar si existe jurisprudencia de la Corte o la Comisión Interamericana, o de ambas, sobre la cuestión debatida en el proceso interno; (2) Identificar la doctrina o razón de la decisión; (3) Examinar minuciosamente la aplicabilidad de esa doctrina al caso concreto; (4) Examinar si existen razones jurídicas basadas en el ordenamiento constitucional que se opongan a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia del órgano pertinente, es decir, efectuar un examen de compatibilidad entre esa doctrina y el orden jurídico constitucional[108].

c) Dificultades en la ejecución de sentencias dictadas por los tribunales locales: ej. de Argentina, Perú, etcétera

Cuando se estudia la dimensión procesal del principio de subsidiariedad y la naturaleza de los tribunales internacionales

[106] Cfr. Ibídem, p. V.

[107] Cfr. Ibídem, p. V (b).

[108] Cfr. Ibídem.

de derechos humanos, se observa una preocupante dificultad en la ejecución de sentencias dictadas por estos tribunales. La naturaleza de los tribunales internacionales de derechos humanos no es sustituir a los tribunales nacionales, sino que se muestra complementaria y subsidiaria a la protección ofrecida por los ordenamientos locales. El juez Sergio García Ramírez ha dicho con acierto que: "El Tribunal regional de derechos humanos no constituye una nueva instancia para revisar las resoluciones de los órganos judiciales, sino una instancia única, de carácter internacional, dispuesta para definir el alcance de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana, mediante la aplicación e interpretación de ésta"[109].

La Corte IDH se ha pronunciado en diferentes oportunidades respecto de la naturaleza de los tribunales internacionales de derechos humanos y de sus facultades para revisar las decisiones dictadas por los órganos judiciales internos, pero generalmente lo ha hecho a partir de los principios generales que rigen la responsabilidad internacional del Estado. Así, los Estados deben reconocer el carácter imperativo de las sentencias de la Corte IDH sobre las resoluciones de cualquier autoridad estatal, incluyendo las sentencias de sus tribunales, independientemente de su jerarquía en el orden interno. Es por ello, que los Estados deben sancionar las leyes y procedimientos necesarios para cumplir cabalmente las sentencias de la Corte IDH, incluyendo aquellos supuestos que involucren la revisión de actuaciones y sentencias judiciales.

Sobre este punto, la Corte IDH ha establecido que, de acuerdo con el derecho internacional general, "no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional" y sólo puede señalar, en cada caso, las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Conven-

[109] Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en la Sentencia del *Caso Yatama vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005, párrafo 4.

ción, "pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en ámbito interno", lo cual es tarea de los tribunales internos[110].

La Corte Interamericana es la que supervisa el cumplimiento de sus sentencias. La facultad de supervisar sus sentencias es inherente al ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y tiene por objetivo que las reparaciones ordenadas por el Tribunal para el caso en concreto efectivamente se implementen y cumplan. La supervisión sobre el cumplimiento de las sentencias de la Corte implica, en primer término, que ésta solicite periódicamente información al Estado sobre las actividades desarrolladas para los efectos de dicho cumplimiento y recabe las observaciones de la Comisión y de las víctimas o sus representantes. El procedimiento sobre la supervisión del cumplimiento de sus sentencias y otras decisiones se encuentra regulado en el art. 69 del nuevo Reglamento de la Corte. La Corte terminó el año 2011 con 124 casos contenciosos en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia[111]. Las reparaciones que dicta el Tribunal en los casos sometidos a su conocimiento deben ser supervisadas de manera pormenorizada, pues no sólo dicta medidas de carácter indemnizatorio sino que ordena medidas de restitución, de rehabilitación, de satisfacción, garantías de no repetición, obligación de investigar, juzgar, y en su caso, sancionar.

En síntesis, es imperiosa la necesidad de colaboración de los órganos de gobierno y tribunales nacionales para el cumplimiento y ejecución de las decisiones de los tribunales internacionales. Las sentencias de los tribunales internacionales no siempre tienen previstos mecanismos de ejecución para sus decisiones y suelen requerir de la intervención de los funcionarios y jueces locales para su efectivización.

---

[110] Corte IDH, *Caso Genie Lacayo*, Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, núm. 30, párrafo 94.

[111] Con respecto a la República Argentina, los casos que la Corte Interamericana tiene en etapa de supervisión de cumplimiento son: *Bayarri, Bueno Alves, Bulacio, Cantos, Fontevecchia y D´Amico, Garrido y Baigorria, Kimel y Torres Millacura y otros*.

El leal acatamiento y la actitud de colaboración de las instancias nacionales resultan decisivos para la operatividad de lo decidido en sede internacional. Como ejemplo, se puede mencionar la sentencia de la Corte Suprema norteamericana en el caso Medellín del 25-III-08. José Medellín, un ciudadano mexicano residente en Estados Unidos, había sido condenado a muerte por los tribunales de Texas a causa de una violación ocurrida en Houston en 1993. Durante su proceso penal, no se le informó al condenado acerca de su derecho a recibir asistencia consular, según lo previsto en la Convención de Viena sobre relaciones consultares de 1963, de la que Estados Unidos era parte. A raíz de que esta omisión se había repetido en otros 58 casos, México demandó a Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia. Al resolver el caso Avena en 2004, el tribunal de La Haya acogió favorablemente el reclamo y decidió que la violación de las normas internacionales por privación de la asistencia consultar, exigían la revisión de las condenas penales. En 2005, el Presidente Bush dictó una circular para el cumplimiento de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia y la revisión de los fallos condenatorios. La Corte de Texas reconsideró el caso Medellín, pero confirmó la condena a muerte. Medellín apeló ante la Corte Suprema norteamericana quien, en voto dividido seis a tres, rechazó su apelación. En los fundamentos del voto mayoritario, desde una clara postura dualista, se afirma que la Convención Internacional de Viena no era una norma cuyo cumplimiento deba ser exigido por los tribunales locales, ya que ninguna ley del Congreso la había incorporado aún al sistema normativo interno, por lo que las normas procesales estaduales tienen primacía sobre la Convención. Por otra parte, tampoco la instrucción del Presidente era obligatoria para los tribunales locales, ya que ello implicaría reconocer facultades legislativas y judiciales en el Presidente, contrariando la división de poderes prevista en la Constitución federal. México volvió a acudir ante la Corte Internacional de Justicia para impedir la ejecución de Medellín. El tribunal internacional determinó en el mes de junio de 2008 que se debía suspender la ejecución. La Corte

de Texas, a pesar del pedido del Secretario de las Naciones Unidas, ordenó la muerte del condenado.

d) Necesidad de la existencia de principios de autolimitación en la actuación de los tribunales internacionales

En general, la experiencia ha demostrado que la violación a los Derechos Humanos procede ordinariamente de las autoridades nacionales. Por eso, una vez agotadas las instancias locales sin haber obtenido la adecuada tutela o reparación a esas violaciones, procede la intervención de los organismos y tribunales internacionales[112]. Esta posibilidad es positiva y puede ser eficaz para el logro de la plena vigencia de los derechos humanos. Sin embargo, requiere de la necesaria prudencia y autolimitación por parte de las instancias internacionales, pues de lo contrario se podría dar un traspaso indebido de poder político para la adopción de decisiones en temas conflictivos que pertenecen y son, inicialmente, propias del ámbito de competencia local.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha de respetar su carácter complementario y subsidiario[113]. Solamente las graves y manifiestas lesiones a los derechos constitucionales a las que no sea posible encontrar reparación en el orden nacional, justificarán la intervención acotada de los órganos internacionales. Por otra parte, estas intervenciones excepcionales deberán hacerlo

[112] En su sentencia del caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71), sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos".

[113] Ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en su sentencia del caso "Handyside" de 1976 que "el Tribunal destaca que el mecanismo de salvaguarda instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario en relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos del hombre" (párrafo 48).

respetando en todos los casos el principio del margen nacional de apreciación desarrollado inicialmente por el tribunal europeo de derechos humanos[114].

No respetar estas pautas, no adoptar un cierto *self-restraint* por parte de los tribunales internacionales, podría llevar a que algunas decisiones conflictivas acerca de la armonización de los derechos entre sí o con bienes públicos, sean adoptadas en sede internacional, cuando por su propio contenido están llamados a ser resueltos en el ámbito nacional. El respeto del principio de subsidiariedad, por el cual una comunidad mayor no debe abocarse a la resolución de problemas que por sí misma puede realizar una entidad menor[115], armoniza también mejor con el principio de legitimidad democrática en la toma de decisiones, ya que el origen, la legitimidad y la responsabilidad democráticas de los organismos y tribunales internaciones suele ser más bien reflejas y secundarias. El saber permanecer dentro de sus límites naturales es uno de los desafíos más importantes que se le presenta a los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. Existe el riesgo de una cierta "sobreconvencionalidad" que se da cuando la interpretación expansiva que los tribunales y organismos internacionales realizan de las normas del Derecho Internacional de los

[114] Acerca de los fundamentos prácticos de la doctrina del margen nacional de apreciación en el ámbito europeo, afirma Luzius Wilhaber: "este campo de discreción en un elemento necesario inherente a la naturaleza de la competencia internacional cuando se aplica a los Estados democráticos que respetan la preeminencia del derecho. Traduce el aspecto práctico en el sentido de que las autoridades nacionales están próximas a los acontecimientos, y de que una jurisdicción internacional, cuya competencia se extiende a cuarenta y tres Estados que agrupan una población de 800 millones de habitantes, se encuentra pura y simplemente en la imposibilidad física de funcionar como un tribunal de hechos. Esta es la razón de que el Tribunal haya dicho que deberá mostrarse prudente cuando asuma el papel de tribunal de primera instancia llamado a conocer los hechos. No entra en sus atribuciones sustituir en la materia su propia visión por aquella de las jurisdicciones internas. Incluso si no está ligado por las verificaciones de los hechos de éstas, deberá poseer los datos convincentes para poder apartarse del tema", ob. cit.

[115] Acerca de la recepción y contenido de este principio en los procesos de integración económica, puede verse: Deluca, Santiago, "El principio de subsidiariedad en la Unión Europea y Mercosur: ¿Principio de Legalidad de la Normativa Comunitaria?", *El Derecho*, diario del 16-V-03.

Derechos Humanos, invade los ámbitos de competencias propios de la Constitución o de la ley ordinaria nacional.

Un claro conflicto entre instancias nacionales e internacionales, se ha dado en Alemania con motivo de la sentencia de la Corte Constitucional alemana del 14-X-04, que relativizó el alcance de un fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos. Se trataba de un caso en que un menor había sido dado en adopción por su madre, sin el consentimiento de su padre y cuando éste último aún no había reconocido su paternidad. La Corte Constitucional señaló que, si bien las normas internacionales forman parte del derecho interno alemán, ellas no gozan de una jerarquía constitucional. Las decisiones de los tribunales internacionales deben ser llevadas a la práctica por los tribunales locales siempre y cuando su cumplimiento no signifique una violación a las normas constitucionales alemanas y, cuando ello sea necesario, con las debidas adaptaciones al sistema jurídico nacional. Ello ocurre particularmente cuando se trata de resolver conflictos no entre un Estado y sus ciudadanos, sino entre los intereses particulares de sus propios ciudadanos[116].

[116] Cfr. Hartwig, Matthias, "Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights", *German Law Journal*, Vol. 06 Nº. 05, pág. 869.